



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.702
18 de julio de 2006

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
58º período de sesiones
Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio
y 3 de julio a 11 de agosto de 2006

**FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES
DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL
DERECHO INTERNACIONAL**

Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional

A. Introducción

1. En su 54º período de sesiones (2002), la Comisión de Derecho Internacional estableció un grupo de estudio encargado de examinar el tema "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional"¹.

En el 55º período de sesiones (2003), el Grupo de Estudio aprobó un calendario provisional de los trabajos que había de llevar a cabo durante el resto del presente quinquenio (2003 a 2006) y confió a cinco de sus miembros la tarea de elaborar esquemas sobre los siguientes temas:

- a) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos (*self-contained regimes*)" (Sr. Koskenniemi);

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10), cap. IX.A, párrs. 492 a 494.*

- b) La interpretación de los tratados a la luz de "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional (Sr. Mansfield);
- c) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) (Sr. Melescanu);
- d) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) (Sr. Daoudi); y
- e) La jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto (Sr. Galicki).

2. En los períodos de sesiones 56º (2004) y 57º (2005), el Grupo de Estudio recibió varios esquemas y estudios sobre estos temas. El Grupo de Estudio afirmó que tenía la intención de preparar, como resultado sustantivo de su labor, un documento colectivo único dividido en dos partes. Una consistiría en un "estudio analítico relativamente amplio", preparado por el Presidente, en el que se resumiría y analizaría el contenido de los diversos informes individuales y de los debates del Grupo de Estudio. Esta parte principal del informe elaborado por el Presidente en 2006 figura en el documento A/CN.4/L.682. La otra parte comprendería una "versión resumida de las conclusiones y directrices dimanantes de los estudios y los debates del Grupo de Estudio"². Como sostenía el propio Grupo de Estudio y como corroboró la Comisión, esta parte debía consistir en "una serie de exposiciones breves, concretas y prácticas que servirían de resumen y conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, por una parte, y de un conjunto de directrices prácticas para ayudar a reflexionar sobre la cuestión de la fragmentación en la práctica jurídica y a ocuparse de ella"³.

² *Ibíd.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, pág. 227, párr. 448.

³ *Ibíd.*

3. En el presente 58º período de sesiones, la Comisión reconstituyó el Grupo de Estudio, que celebró diez sesiones los días 17 y 26 de mayo, 6 de junio, 4, 11, 12, 13 y 17 de julio de 2007 y concluyó sus trabajos. En la sección C figuran las conclusiones del Grupo de Estudio⁴. Dichas conclusiones, que son el resultado de las amplias deliberaciones que el Grupo de Estudio sostuvo entre 2004 y 2006, son un producto colectivo de los miembros del Grupo de Estudio.

B. Antecedentes

4. En el último medio siglo, el alcance del derecho internacional ha aumentado de manera espectacular. De instrumento dedicado a la reglamentación de la diplomacia formal, ha pasado tras su expansión a ocuparse de la mayoría de las más diversas formas de actividad internacional, del comercio a la protección del medio ambiente, de los derechos humanos a la cooperación científica y tecnológica. Se han creado nuevos organismos multilaterales, de ámbito regional y universal, en las esferas del comercio, la cultura, la seguridad, el desarrollo, etc. Es difícil concebir actualmente un campo de actividad social que no esté sujeto a algún tipo de regulación jurídica internacional.

5. Ahora bien, esta expansión ha tenido lugar de manera no coordinada, en el marco de determinadas agrupaciones regionales o funcionales de Estados. Se ha centrado la atención en la solución de problemas concretos en vez de en la consecución de una regulación normativa general similar a la legislativa. Esto responde a lo que los sociólogos han denominado la "diferenciación funcional", la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Es una conocida paradoja de la mundialización que, aunque ha dado lugar a una uniformización cada vez mayor de la vida social en todo el mundo, ha conducido también a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de estructura y acción social.

6. La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas

⁴ En el período de sesiones de 2006 participaron en los trabajos del Grupo de Estudio los miembros siguientes: Sr. M. Koskenniemi (Presidente), Sr. A. Al-Marri, Sr. C. Chee, Sr. P. Comissário Afonso, Sr. R. Daoudi, Sr. C. P. Economides, Sra. P. Escameia, Sr. G. Gaja, Sr. Z. Galicki, Sr. R. A. Kolodkin, Sr. W. Mansfield, Sr. M. Matheson, Sr. P. S. Rao, Sra. H. Xue.

de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el "derecho internacional general" se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el "derecho mercantil", el "derecho de los derechos humanos", el "derecho ambiental", el "derecho del mar", el "derecho europeo", e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el "derecho de las inversiones" o el "derecho internacional de los refugiados", etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.

7. Aunque no se puede poner en duda la realidad y la importancia de la fragmentación, las evaluaciones del fenómeno son diversas. Algunos tratadistas han criticado acerbamente lo que consideran como la erosión del derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro más favorable y la pérdida de la seguridad jurídica. Otros lo han considerado predominantemente un problema técnico que ha surgido naturalmente con el aumento de la actividad jurídica internacional y que puede controlarse mediante la racionalización y la coordinación técnicas⁵. Fue con objeto de valorar la relevancia del problema

⁵ La "fragmentación" es un tema muy frecuente de las publicaciones y conferencias académicas en la actualidad. Entre los diversos estudios que examinan la diversificación de las fuentes de regulación internacional son particularmente útiles los siguientes: Eric Loquin & Catherine Kessedjian (editores), *La mondialisation du droit* (París: Litec, 2000); y Paul Shiff Berman, *The Globalization of International Law* (Aldershot: Ashgate, 2005). La actividad de las organizaciones tradicionales se examina en la obra de José Álvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Diferentes perspectivas de la actividad normativa distinta de los tratados se presentan también en la obra de Rüdiger Wolfrum & Volker Röben (editores) *Developments of International Law in Treaty-making* (Berlín: Springer, 2005), págs. 417 a 586, y Ronnie Lipschutz & Cathleen Vogel, "Regulation for the Resto of Us? Global Civil Society and the Privatization of Transnational Regulation", en R. R. Hall & T. J. Bierstaker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) págs. 115 a 140. Véase también "Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing together the Puzzle", *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), págs. 679 a 993; Andreas Zimmermann & Reiner Hoffman, con la colaboración de Hanna Goeters, *Unity and Diversity of International Law* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006); Karel Wellens & Rosario Huesa Vinaixa (editores), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international* (Bruselas: Bruylant, 2006, de próxima publicación). Un enérgico alegato a favor de la unidad figura en Pierre Marie Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique internationale. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours...*, vol. 297 (2002). Para más referencias, véase Martti Koskeniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law. Postmodern Anxieties?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 553 a 579.

y, quizás, sugerir posibles maneras de hacerle frente que la Comisión creó en 2002 el Grupo de Estudio para que se ocupara de esta cuestión.

8. Al principio, la Comisión reconoció que la fragmentación planteaba problemas de tipo institucional y sustantivo. Los primeros tienen que ver con la jurisdicción y competencia de las distintas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales y las relaciones jerárquicas entre ellas. La Comisión decidió dejar de lado esta cuestión. La cuestión de las competencias institucionales es mejor que la traten las propias instituciones. La Comisión, en cambio, ha deseado centrarse en la cuestión sustantiva: la división del derecho en "marcos" sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa entre sí y respecto del derecho general. ¿Cuáles son los efectos sustantivos de esa especialización? ¿Cómo debería entenderse la relación entre esos "marcos"? Más concretamente, si las normas de dos o más regímenes entran en conflicto, ¿qué puede hacerse con esos conflictos?

9. Como la mayoría de los tratadistas, la Comisión ha considerado que el tema tiene aspectos positivos y negativos, como lo prueba su reformulación del título del tema: "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional". Por una parte, la fragmentación crea el peligro de normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorios e incompatibles entre sí. Por otra parte, refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la consiguiente diversificación de sus objetos y técnicas. La fragmentación y diversificación explican el desarrollo y la expansión del derecho internacional en respuesta a las demandas de un mundo plural. Al mismo tiempo, a veces crean conflictos entre normas y regímenes de tal modo que pueden menoscabar su aplicación efectiva. Aunque la fragmentación puede crear problemas, éstos no son totalmente nuevos ni de tal naturaleza que no puedan tratarse mediante las técnicas que los juristas internacionales han utilizado para resolver los conflictos de normas que han surgido en el pasado.

10. La justificación de que la Comisión trate la fragmentación radica en que la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los llamados "regímenes autónomos (*self-contained regimes*)", y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en derecho internacional. Los nuevos tipos de derecho especializado no surgen accidentalmente sino que tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales.

La aparición del "derecho ambiental", por ejemplo, es una respuesta a la creciente preocupación por el estado del medio ambiente internacional. El "derecho mercantil" surge como instrumento para responder a las oportunidades creadas por las ventajas comparativas en las relaciones económicas internacionales. El "derecho de los derechos humanos" pretende proteger los intereses de los individuos y el "derecho penal internacional" da expresión jurídica a la "lucha contra la impunidad". Cada complejo de normas o "régimen" llega con sus propios principios, su propia forma de pericia profesional y sus propios "valores", que no coinciden necesariamente con los valores de la especialización vecina. Por ejemplo, el "derecho mercantil" y el "derecho ambiental" tienen objetivos sumamente específicos y se basan en principios que a veces apuntan en direcciones diferentes. A fin de que el nuevo derecho sea eficiente, incluye a veces nuevos tipos de cláusulas de tratados o prácticas convencionales que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o el derecho de otra rama especializada. Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general. Cuando esas desviaciones resultan generales y frecuentes, la que padece es la unidad del derecho.

11. Es muy importante señalar que esas desviaciones no aparecen como "errores" técnico-jurídicos. Reflejan los diferentes propósitos y preferencias de los sujetos en una sociedad plural (mundial). Un derecho que no consiguiera expresar las diferencias que se encuentran entre los intereses o valores que parecen pertinentes en situaciones o esferas problemáticas particulares parecería totalmente inaceptable. Pero si la fragmentación es una evolución "natural" (en realidad, el derecho internacional estuvo siempre relativamente "fragmentado" debido a la diversidad de los sistemas jurídicos nacionales que participaban en él), siempre ha habido también procesos compensatorios igualmente naturales que llevaban en dirección opuesta. Por ejemplo, el derecho internacional general se ha seguido desarrollando por medio de la aplicación de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 1969, el derecho consuetudinario y "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". El hecho de que en diversos tratados se recogen normas de derecho internacional general y que, a su vez, ciertas disposiciones de tratados pasen a formar parte del corpus del derecho internacional general es reflejo de la vitalidad y sinergia del sistema y la predisposición del derecho mismo a la coherencia.

12. La justificación de la labor de la Comisión sobre la fragmentación radica en que, aunque la fragmentación sea inevitable, es deseable disponer de un marco para poder evaluarla y gestionarla de una forma técnico-jurídica. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituye ese marco. Un aspecto que une a casi todos los nuevos regímenes (y desde luego a todos los más importantes) es que basan su fuerza de obligar en el derecho de los tratados y que los sujetos interesados entiende que se rigen por ese derecho. Esto significa que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados proporciona ya un marco unificador de esos fenómenos. Como órgano que en su momento preparó la Convención de Viena, la Comisión está en una situación privilegiada para analizar la fragmentación del derecho internacional desde esa perspectiva.

13. Para ello, el Grupo de Estudio de la Comisión consideró útil tener presente el acervo de técnicas que ofrece el derecho tradicional para hacer frente a las tensiones o conflictos entre normas y principios jurídicos. Lo común a estas técnicas es que tratan de establecer relaciones significativas entre esas normas y principios a fin de determinar cómo deben usarse en un conflicto o controversia determinados. Las siguientes conclusiones establecen algunos de los principios que habría que tener en cuenta al tratar los conflictos reales o potenciales entre normas y principios jurídicos.

C. Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio

14. Las conclusiones a que llegó el Grupo de Estudio en su labor son las siguientes:

1. Generalidades

1) *El derecho internacional como sistema jurídico.* El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (o sea, sus normas) surten efecto en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de éstos. En su condición de sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen relaciones significativas. Así pues, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede requerir criterios generales o específicos en mayor o menor medida, y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores.

2) En la aplicación del derecho internacional a menudo es necesario determinar la relación precisa existente entre dos o más normas y principios que son a un mismo tiempo válidos y aplicables con respecto a una situación⁶. A estos efectos, las relaciones pertinentes se dividen en dos tipos generales:

- *Relaciones de interpretación.* Son las que se dan cuando una norma contribuye a la interpretación de otra. Una norma puede contribuir a la interpretación de otra, por ejemplo, como aplicación, aclaración, actualización o modificación de ésta. En tal situación, ambas normas se aplican conjuntamente.
- *Relaciones de conflicto.* Estas relaciones se producen cuando dos normas que son ambas válidas y aplicables dan lugar a decisiones incompatibles, por lo que hay que escoger entre ellas. Las normas básicas relativas a la solución de conflictos normativos están enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3) *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.* Cuando se quiere determinar la relación de dos o más normas entre sí, las normas deben interpretarse de conformidad o por analogía con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y especialmente las disposiciones de los artículos 31 a 33, relativos a la interpretación de los tratados.

4) *El principio de armonización.* Es un principio generalmente aceptado que cuando varias normas tienen que ver con la misma cuestión, dichas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.

⁶ Que dos normas sean *válidas* con respecto a una situación significa que cada una de ellas abarca los hechos en que consiste la situación. Que dos normas sean *aplicables* en una situación significa que tienen fuerza vinculante con respecto a los sujetos de derecho que se encuentran en la situación de que se trate.

2. La máxima "*lex specialis derogat legi generali*"

5) *Principio general*. La máxima *lex specialis derogat legi generali* es una técnica de derecho internacional generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos. Según esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, deberá darse precedencia a la que sea más específica. Este principio puede aplicarse en varios contextos: entre disposiciones de un mismo tratado, entre disposiciones de dos o más tratados, entre un tratado y una norma no perteneciente a un tratado, y entre dos normas no pertenecientes a un tratado⁷. La fuente de la norma (sea un tratado, la costumbre o un principio general de derecho) no es decisiva para la determinación de la norma más específica. No obstante, en la práctica los tratados surten a menudo efectos de *lex specialis* en relación con el derecho consuetudinario pertinente y los principios generales⁸.

⁷ Para la aplicación respecto de las disposiciones del mismo tratado, véase *Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile)* ILR vol. 52 (1979), pág. 141, párrs. 36, 38 y 39; asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*, sentencia de 11 de julio de 2002, ECR (2002) I-06367, págs. 6398 a 6399, párrs. 35 y 36, y pág. 6404, párr. 59; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, sentencia de 28 de mayo de 1993, ECHR Series A (1993), N° 258, pág. 57, párr. 76; *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, sentencia de 22 de mayo de 1984, ECHR, Series A (1984), N° 77, pág. 27, párr. 60; *Murray v. the United Kingdom*, sentencia de 28 de octubre de 1994, ECHR Series A (1994), N° 300, pág. 37, párr. 98; y *Nikolova v. Bulgaria*, sentencia de 25 de marzo de 1999, ECHR 1999-II, pág. 25, párr. 69. Para la aplicación respecto de las disposiciones de diferentes instrumentos, véase *Mavrommatis Palestine Concessions case, P.C.I.J. Series A*, No. 2 (1924), pág. 31. Para la aplicación respecto de las disposiciones de un tratado y las normas de otro tipo de instrumento, véase *INA Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US C.T.R. vol.8, 1985-I, pág. 378. Para la aplicación respecto de la costumbre particular y general, véase *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Merits) I.C.J. Reports 1960*, p. 6, pág. 44. La Corte manifestó: "Cuando, por tanto, la Corte encuentra una práctica claramente establecida entre dos Estados que ha sido aceptada por las Partes como elemento que regula las relaciones entre ellas, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a esa práctica al objeto de determinar sus derechos y obligaciones específicos. Esa práctica particular debe tener primacía sobre las normas generales".

⁸ En *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) I.C.J. Reports 1986*, p. 14, pág. 137, párr. 274, la Corte manifestó que: "En general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundada en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación".

6) *Apreciación contextual.* La relación entre la máxima de la *lex specialis* y otras normas de interpretación o solución de conflictos no puede determinarse de un modo general. La consideración que deba ser predominante -o sea, el carácter especial o el momento de aparición de la norma- ha de decidirse según el contexto.

7) *Justificación del principio.* La precedencia de la ley especial sobre la ley general se justifica por el hecho de que la ley especial, al ser más concreta, suele tener más en cuenta que cualquier ley general aplicable las características particulares del contexto en el que debe aplicarse. Además, con frecuencia su aplicación puede producir un resultado más equitativo, y a menudo reflejar mejor el propósito de los sujetos de derecho.

8) *Funciones de la lex specialis.* La mayor parte del derecho internacional es dispositivo. Esto significa que la ley especial puede ser utilizada para aplicar, aclarar, actualizar o modificar la ley especial, o bien para dejarla sin efecto.

9) *El efecto de la lex specialis en la ley general.* De ordinario la aplicación de la ley especial no extingue la ley general aplicable⁹. La ley general seguirá siendo válida y aplicable y, de conformidad con el principio de armonización de la conclusión 4) *supra*, seguirá proporcionando orientaciones para la interpretación y la aplicación de la ley especial pertinente, y será claramente aplicable en situaciones que esta última no contemple¹⁰.

⁹ Así, en el caso de Nicaragua, *ibíd.*, p. 14, pág. 95, párr. 179, la Corte observó que: "quedará claro que el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable independientemente del derecho internacional de los tratados, aun cuando las dos categorías de derecho tengan idéntico contenido".

¹⁰ En *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996*, pág. 240, párr. 25, la Corte describió del modo siguiente la relación entre el derecho relativo a los derechos humanos y el derecho relativo a los conflictos armados: "... la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto en lo que se refiere a la aplicación del artículo 4 del Pacto... Ahora bien, para identificar el criterio que permita determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. De ese modo, la cuestión de si una pérdida particular de vidas humanas, debido a la utilización en la guerra de un arma determinada, se deba considerar como privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto, sólo puede decidirse por

10) *Tipos particulares de leyes generales*. Sin embargo, ciertos tipos de leyes generales¹¹ no pueden ser derogados por la ley especial. El *jus cogens* es expresamente no derogable, como se indica en las conclusiones 32), 33), 40) y 41) *infra*¹². Además, existen otras consideraciones que pueden justificar la conclusión de que una ley general prevalecerá, en cuyo caso no será aplicable la presunción de la *lex specialis*.

Esas consideraciones son las siguientes:

- Que esa prevalencia pueda inferirse de la forma o naturaleza de la ley general o de la intención de las partes, según corresponda;
- Que la aplicación de la ley especial pueda frustrar el *propósito* de la ley general;
- Que terceros beneficiarios puedan resultar afectados negativamente por la ley especial; y
- Que el equilibrio de derechos y obligaciones establecido en la ley general resulte afectado negativamente por la ley especial.

3. Regímenes especiales ("autónomos")

11) *Regímenes especiales ("autónomos")*, como *lex specialis*. Un grupo de normas y principios relativos a una cuestión en particular puede constituir un régimen especial ("régimen autónomo"), y ser aplicable como *lex specialis*. Con frecuencia estos regímenes especiales tienen sus propias instituciones que aplican las normas pertinentes.

referencia al derecho aplicable a los conflictos armados y no es deducible de las disposiciones del Pacto mismas".

¹¹ No existe una definición aceptada de "derecho internacional general". A los efectos de las presentes conclusiones, sin embargo, es suficiente definir qué es "general" haciendo referencia a su contraparte lógica, a saber, qué es "especial". En la práctica, los juristas normalmente pueden hacer esa distinción teniendo presente el contexto en que esos conceptos aparecen.

¹² En *Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention, (Ireland v. United Kingdom)* (laudo definitivo de 2 de julio de 2003) *I.L.R.*, vol. 126, (2005), pág. 364, párr. 84, el tribunal indicó que: "incluso en tal caso, [el Convenio OSPAR] debe dar precedencia al *jus cogens* entonces aplicable con el que la *lex specialis* de las partes puede ser incompatible".

12) Pueden distinguirse tres tipos de regímenes especiales:

- En ocasiones, la vulneración de un conjunto determinado de normas (primarias) va acompañada de una serie especial de normas (secundarias) relativas a la infracción y las reacciones a ésta. Este es el caso principal contemplado en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado¹³, de la Comisión de Derecho Internacional.
- Sin embargo, en otras ocasiones una serie de normas especiales constituyen un régimen especial, compuesto de derechos y obligaciones, en relación con una cuestión especial. Estas normas pueden referirse a una zona geográfica (por ejemplo, un tratado sobre la protección de un determinado río) o a una cuestión de fondo (por ejemplo, un tratado sobre la reglamentación de los usos de un arma particular). Estos regímenes especiales pueden surgir sobre la base de un solo tratado, de varios tratados, o de un hecho derivado o no de uno o varios tratados (práctica subsiguiente o derecho consuetudinario)¹⁴.
- Por último, a veces todas las normas y principios que regulan un determinado sector problemático se agrupan para dar forma a un "régimen especial".
Expresiones tales como "derecho del mar", "derecho humanitario", "derecho

¹³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 76. En *Case concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) I.C.J. Reports 1980*, pág. 40, párr. 86, la Corte señaló que: "En resumen, las normas del derecho diplomático constituyen un régimen autónomo que, por una parte, establece las obligaciones del Estado receptor en lo que respecta a los servicios, las prerrogativas y las inmunidades que se deben otorgar a las misiones diplomáticas y, por la otra, prevé la posibilidad de que los miembros de la misión puedan cometer abusos y establece los medios de que dispone el Estado receptor para contrarrestar ese tipo de abusos".

¹⁴ Véase *Case of the S.S. "Wimbledon", P.C.I.J., Series A, N° 1 (1923)*, págs. 23 y 24, en que se señala con respecto a las disposiciones relativas al canal de Kiel en el Tratado de Versalles de 1919 que: "... esas normas difieren en más de una cuestión de las aplicables a los demás cursos de agua navegables internos del Imperio [Alemania]... el canal de Kiel está abierto a los buques de guerra y al tráfico de tránsito de todas las naciones que estén en paz con Alemania, mientras que el libre acceso a los demás cursos navegables de Alemania... está limitado exclusivamente a las Potencias Aliadas y Asociadas... En consecuencia, las disposiciones del canal de Kiel son autónomas".

relativo a los derechos humanos", "derecho del medio ambiente" y "derecho mercantil", etc., son indicativas de algunos de estos regímenes. A efectos de interpretación, estos regímenes pueden considerarse muchas veces como un todo.

13) *Efecto del carácter "especial" de un régimen.* El significado de un régimen especial estriba en la manera en que sus normas expresan un objeto y fin único. Así pues, su interpretación y aplicación deberían reflejar, en la medida de lo posible, este objeto y fin.

14) *Relación entre los regímenes especiales y el derecho internacional general.* Un régimen especial puede derogar la ley general en las mismas condiciones que la *lex specialis* en general (véanse las conclusiones 8) y 10) *supra*).

15) *El papel de la ley general en los regímenes especiales: colmar lagunas.* El alcance de las leyes especiales es, por su propia definición, menos amplio que el de las leyes generales. Así pues, con frecuencia ocurre que surja una cuestión no regulada por la ley especial en las instituciones encargadas de aplicarla. En tales casos será aplicable la ley general correspondiente¹⁵.

¹⁵ De ese modo, en *Bankovic v. Belgium and others*, decisión sobre la admisibilidad de 12 de diciembre de 2001, ECHR 2001-XII, pág. 351, párr. 57, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó del modo siguiente la relación existente entre el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el derecho internacional: "El Tribunal recuerda que los principios subyacentes al Convenio no se pueden interpretar y aplicar en un vacío. El Tribunal también debe tener en cuenta todas las normas pertinentes del derecho internacional cuando examina cuestiones relativas a su competencia y, en consecuencia, determina la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios que rigen el derecho internacional, aunque debe tener presente la naturaleza especial del Convenio en su condición de tratado de derechos humanos. En la medida de lo posible, el Convenio se debe interpretar en armonía con otros principios de derecho internacional del que forma parte".

De modo análogo, en *Korea - Measures Affecting Government Procurement* (19 de enero de 2000) WT/DS163/R, párr. 7.96, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) consideró del modo siguiente la relación existente entre los acuerdos de la OMC y el derecho internacional general: "Tenemos presente que en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD debemos tratar en el contexto de cada diferencia en particular, de aclarar las disposiciones vigentes de los Acuerdos de la OMC de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Sin embargo, la relación entre los Acuerdos de la OMC y el derecho internacional consuetudinario tiene mayor alcance. El derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los miembros de la OMC, siempre que los Acuerdos de la OMC no se "aparten" de él. Para decirlo

16) *El papel de la ley general en los regímenes especiales: fallo de los regímenes especiales.* Puede ocurrir que los regímenes especiales, o las instituciones creadas por éstos, no funcionen del modo previsto. Se entenderá que ha habido un fallo del régimen especial cuando las leyes especiales no ofrezcan perspectivas razonables de alcanzar de modo adecuado los objetivos para las que fueron promulgadas. Puede manifestarse, por ejemplo, en el hecho de que las instituciones del régimen no respondan a los objetivos que se les han asignado, que una o varias de las partes incumplan de modo endémico la ley, que el régimen caiga en desuso, que se retiren las partes que son indispensables para el régimen, u otras causas. Sin embargo, el que un régimen haya "fallado" en este sentido es algo que debe decidirse, sobre todo, mediante una interpretación de sus instrumentos constitucionales. Si el fallo se ha producido, la ley general correspondiente pasa a ser aplicable.

4. Apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

17) *Integración sistémica.* El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define, dentro del marco de la Convención, un medio para la aplicación de las relaciones de interpretación (a que se hace referencia en la conclusión 2) *supra*). Requiere que el intérprete de un tratado tenga en cuenta "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Este artículo es expresión del objetivo de la "integración sistémica", según la cual, independientemente de la materia que constituya su objeto, los tratados son una creación del sistema jurídico internacional, y su funcionamiento se basa en ese hecho.

18) *La interpretación como integración en el sistema.* La integración sistémica inspira toda interpretación de los tratados, y los demás aspectos pertinentes de ella se exponen en los otros párrafos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. En esos párrafos se describe un proceso de razonamiento jurídico, en el que determinados elementos tendrán

de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC".

mayor o menor relevancia de acuerdo con la naturaleza de las disposiciones del tratado en el contexto de la interpretación. En muchos casos, la cuestión de la interpretación podrá resolverse en el marco del propio tratado. El apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 es aplicable cuando deban tenerse en cuenta en la interpretación fuentes materiales externas al tratado, por ejemplo otros tratados, normas consuetudinarias o principios generales de derecho¹⁶.

19) *Aplicación de la integración sistémica.* Cuando un tratado funcione en el contexto de otros acuerdos, será aplicable el objetivo de la integración sistémica como presunción que tiene aspectos tanto positivos como negativos:

- a) Se considera que las partes invocan el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho en todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa¹⁷;
- b) Al asumir obligaciones en virtud de un tratado, las partes no pretenden actuar en contradicción con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos¹⁸.

¹⁶ En el asunto *Oil Platforms (Iran v. United States of America) (Merits)* I.C.J. Reports 2003, párr. 41, la Corte abordó del modo siguiente las relaciones entre un tratado bilateral y el derecho internacional general haciendo referencia al mencionado apartado c) del párrafo 3 del artículo 31: "Además, de conformidad con las normas generales de interpretación de tratados enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación habrá de tener en cuenta "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado c) del párrafo 3 del artículo 31). La Corte no puede aceptar que hubiese voluntad de que el apartado d) del párrafo 1 del artículo XX del Tratado de 1955 funcionase de modo totalmente independiente de las normas del derecho internacional... Así pues, la aplicación de las normas del derecho internacional relativas a esta cuestión forma parte integral de la labor de interpretación encomendada a la Corte en... el Tratado de 1955".

¹⁷ Asunto *Georges Pinson* (Francia/Estados Unidos Mexicanos), sentencia del 13 de abril de 1928, Informes de laudos arbitrales internacionales de las Naciones Unidas, vol. V, pág. 422. Se observó que las partes deben remitirse a los principios generales del derecho internacional en las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa o en modo diferente.

¹⁸ En *Case concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) (Preliminary Objections)* I.C.J. Reports 1957, p. 125, pág. 142, la Corte declaró: "Es norma de interpretación que un texto procedente de un gobierno, en principio, debe ser interpretado en el

Por supuesto, si se obtiene otro resultado empleando los métodos ordinarios de interpretación de los tratados deberá darse efecto a ese resultado, salvo que el principio pertinente forme parte del *jus cogens*.

20) *Aplicación de la costumbre y los principios generales de derecho.* El derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho son particularmente importantes para la interpretación de un tratado, de acuerdo con lo establecido en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31, especialmente cuando:

- a) La disposición del tratado es confusa o ambigua;
- b) Los términos empleados en el tratado tienen un significado reconocido en el derecho internacional consuetudinario o de acuerdo con los principios generales de derecho;
- c) El tratado no dice nada sobre la ley aplicable y es necesario que el intérprete, aplicando la presunción positiva enunciada en el apartado a) de la conclusión 19) *supra*, recurra a normas desarrolladas en otra parte del derecho internacional para resolver la cuestión.

21) *Aplicación de las normas de otros tratados.* En virtud de lo establecido en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31, el intérprete deberá tener en cuenta otras normas convencionales para inferir un sentido coherente. Esas otras normas son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación son también partes en el otro tratado, cuando la norma del tratado se ha convertido en derecho internacional consuetudinario o expresa una norma de éste, o cuando dichas normas demuestran la existencia de una coincidencia de pareceres de las partes con respecto al objeto y el fin del tratado que se interpreta o el sentido de un término determinado.

22) *Intertemporalidad.* El derecho internacional es un sistema jurídico dinámico. Un tratado puede indicar si al aplicar el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 el intérprete debe remitirse únicamente a normas de derecho internacional vigentes en el

sentido de que produce y pretende producir efectos conformes con el derecho vigente y no en violación del mismo".

momento de la adopción del tratado o si también puede tener en cuenta los cambios legislativos registrados ulteriormente. Además, el sentido de una disposición de un tratado también puede verse afectado por hechos subsiguientes, especialmente cuando esos hechos subsiguientes se producen en el derecho consuetudinario y los principios generales de derecho¹⁹.

23) *Conceptos abiertos o en evolución.* Podrán tenerse en cuenta normas de derecho internacional posteriores al tratado que ha de interpretarse especialmente cuando los conceptos empleados en el tratado sean abiertos o estén evolucionando. Así ocurre, en concreto, cuando a) el concepto supone que han de tenerse en cuenta novedades técnicas, económicas o jurídicas posteriores²⁰; b) el concepto comporta la obligación de un ulterior

¹⁹ La norma tradicional por fue formulada por el magistrado Huber en la causa *Island of Palmas (the Netherlands/United States of America)*, laudo de 4 de abril de 1928, Informes de laudos arbitrales internacionales de las Naciones Unidas, vol. II, p. 829, pág. 845, en el contexto de las reclamaciones territoriales: "... Un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea, y no de la legislación vigente en el momento en que surgió la controversia... el mismo principio que somete el acto creador de un derecho a la legislación vigente en el momento en que surge el derecho exige que la existencia del derecho, es decir, sus manifestaciones continuadas, sigan las condiciones requeridas por la evolución de la legislación".

²⁰ En *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) I.C.J. Reports 1997*, p. 7, págs. 67 y 68, párr.112, la Corte observó: "Al introducir en el tratado estas disposiciones evolutivas, las partes reconocieron la eventual necesidad de adaptar el proyecto. Por consiguiente, el Tratado no es estático y puede adaptarse a las nuevas normas del derecho internacional. Por medio de los artículos 15 y 19 se pueden incorporar nuevas normas medioambientales al Plan Contractual Conjunto".

En el arbitraje relativo al ferrocarril *Iron Rhin (ĪJZEREN RIJN) Railway (Belgium v. the Netherlands)* de 24 de mayo de 2005, la cuestión que se planteaba no era conceptual o genérica sino un avance técnico relativo al funcionamiento y la capacidad de un ferrocarril. Se utilizó una interpretación evolutiva para asegurar la aplicación efectiva del tratado en términos de su objeto y fines. El Tribunal observó en los párrafos 82 y 83 que: "El objeto y fin del Tratado de Separación era resolver los numerosos problemas complejos que dificultaban una separación estable de Bélgica y los Países Bajos: las disposiciones del artículo XII establecían vínculos de transporte desde Bélgica a Alemania, a través de una ruta establecida por el Tratado sobre Fronteras de 1842. Ese objeto no tenía una duración determinada y su fin eran las "comunicaciones comerciales". De ello se deduce necesariamente, incluso en ausencia de un texto específico al respecto, que los trabajos que iban del restablecimiento de las líneas al logro de su funcionalidad anterior, que pudieran hacerse de tiempo en tiempo necesarios o convenientes para adaptarse al comercio moderno, serían una exigencia concomitante del derecho de tránsito que Bélgica pudiera solicitar. De ese modo, la totalidad del artículo XII, con

desarrollo por las partes; o c) el concepto es muy general o se expresa en términos tan generales que debe tenerse en cuenta la evolución de las circunstancias²¹.

5. Conflictos entre normas sucesivas

24) *Lex posterior derogat legi priori*. De conformidad con lo establecido en el párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena, cuando todas las partes en el tratado posterior sean también partes en el tratado anterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Esta norma es una expresión del principio según el cual "la ley posterior deroga la ley anterior".

25) *Límites del principio de la "lex posterior"*. Sin embargo, la aplicabilidad del principio de la *lex posterior* es limitada. Por ejemplo, no podrá aplicarse automáticamente

su cuidadoso equilibrio de derechos y obligaciones de las partes, sigue siendo aplicable en principio a la adaptación y modernización solicitadas por Bélgica". El texto de la sentencia arbitral puede consultarse en <<http://www.pca-cpa.org>> (última consulta hecha el 14 de julio de 2006).

²¹ Véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, pág. 31, párr. 53. La Corte afirmó que el concepto de "misión sagrada" estaba por propia naturaleza sujeto a una evolución y que "se debe considerar por tanto que las partes en el Pacto han aceptado ese hecho. Es por esto que, aun teniendo presentes las instituciones de 1919, la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo que ha transcurrido desde entonces, y su interpretación no puede no quedar afectada por la transformación que se ha producido en el derecho con posterioridad a aquella fecha, con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la evolución del derecho internacional consuetudinario. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del régimen jurídico vigente en el momento de la interpretación".

En *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* *I.C.J. Reports 1997*, págs. 76 a 80, párrs. 132 a 147, la Corte Internacional de Justicia señaló que: "[L]a Corte desea señalar que las recientes normas del derecho ambiental son pertinentes a la hora de aplicar el Tratado, y que las partes podrían, de mutuo acuerdo, incorporarlas... [al]... Tratado. Estos artículos no contienen obligaciones de hacer, sino que requieren a las partes que, en cumplimiento de sus obligaciones de velar por que la calidad del agua del Danubio no se degrade y por que la naturaleza esté protegida, tengan en consideración las nuevas normas ambientales al convenir los medios que han de especificarse en el Plan Contractual Conjunto...".

cuando las partes en el tratado posterior no sean idénticas a las partes en el tratado anterior. En esos casos, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena, el Estado que sea parte en dos tratados incompatibles está obligado para con las partes en ambos tratados por separado. Si no puede cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de ambos tratados, corre el riesgo de ser responsable de la conculcación de uno de ellos, a menos de que las partes afectadas acuerden otra cosa. En tal caso, podría ser aplicable el artículo 60 de la Convención de Viena. La cuestión de cuál de los tratados incompatibles debe aplicarse y la violación de cuál de ellos debe sancionarse de acuerdo con la responsabilidad de los Estados no puede resolverse con una norma general²². En las conclusiones 26) y 27) *infra* se hacen consideraciones que podrían ser tenidas en cuenta en esa situación.

26) *Distinción entre las disposiciones de tratados que pertenecen al mismo "régimen" y las disposiciones de distintos "regímenes"*. El principio de la *lex posterior* es aplicable sobre todo para resolver conflictos o duplicaciones entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto promover objetivos análogos (es decir, forman parte del mismo régimen). Si hay conflicto o superposición de tratados de distintos regímenes, la cuestión de cuál de ellos es posterior no se entenderá necesariamente que suponga una prioridad entre ellos. En cambio, los Estados vinculados por obligaciones derivadas de tratados deberán intentar cumplirlas en la medida de lo posible con miras a una adecuación mutua y de acuerdo con el principio de armonización.

²² Es escasa la jurisprudencia relativa a los conflictos entre normas sucesivas. Sin embargo, una situación de conflicto a ese respecto en el contexto de un tratado se produjo en el caso *Slivenko and others v. Latvia* (decisión sobre la admisibilidad de 23 de enero de 2002), ECHR 2002-II, págs. 482 y 483, párrs. 60 y 61, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que un anterior tratado bilateral entre Letonia y Rusia no podía ser invocado para limitar la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: "Como se desprende del texto del párrafo 1 del artículo 57 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], leído en conjunción con el artículo 1, que la ratificación del Convenio por un Estado presupone que todo derecho vigente en su territorio debe estar en consonancia con la Convención... a juicio del Tribunal, los mismos principios deben aplicarse a cualquiera de las disposiciones de tratados internacionales que un Estado contratante haya concluido antes de la ratificación del Convenio y que puedan diferir de algunas de sus disposiciones".

Sin embargo, ello no irá en el perjuicio de los derechos sustantivos de las partes en los tratados o de terceras partes beneficiarias.

27) *Tipos particulares de tratados o disposiciones de tratados.* El supuesto de la *lex posterior* puede no aplicarse cuando haya sido otra la intención de las partes, que puede inferirse de la naturaleza de las disposiciones o de los instrumentos pertinentes, o de su objeto y fin. Las limitaciones que se aplican con respecto al supuesto de la *lex specialis* en la conclusión 10) pueden ser también pertinentes a la *lex posterior*.

28) *Solución de conflictos dentro de los regímenes y entre ellos.* Los conflictos entre Estados que tengan relación con las disposiciones de tratados incompatibles entre sí deberán resolverse por lo general mediante la negociación entre las partes en los tratados correspondientes. Sin embargo, si no puede llegarse a una solución negociada, debería poderse recurrir, cuando proceda, a otros medios disponibles de solución de conflictos. Cuando la incompatibilidad se refiera a disposiciones de un mismo régimen (según se define en la conclusión 26) *supra*), podrá resolverse aplicando el mecanismo específico del régimen. Sin embargo, cuando la incompatibilidad se refiera a disposiciones de tratados que no pertenecen al mismo régimen, debería prestarse especial atención a que el órgano elegido para la solución del conflicto sea independiente.

29) *Acuerdos inter se.* La celebración de acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (acuerdos *inter se*) está regulada por el artículo 41 de la Convención de Viena. Esos acuerdos son una técnica a menudo empleada para lograr una aplicación más eficaz del tratado original entre un número limitado de partes en él que estén dispuestas a adoptar medidas más eficaces y de mayor alcance para el cumplimiento del objeto y el fin del tratado original. Podrán celebrarse acuerdos *inter se* si así está previsto o no se prohíbe específicamente en el tratado original y el acuerdo "i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto" (apartado b) del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena).

30) *Cláusulas relativas a conflicto de normas*. Cuando los Estados suscriban tratados que puedan estar en conflicto con otros tratados, deberían intentar definir la relación entre esos tratados mediante la adopción de cláusulas apropiadas en los propios tratados.

Al adoptar dichas cláusulas, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Que no afecten a los derechos de terceros;
- b) Que sean lo más claras y específicas posible. En particular, deben referirse a disposiciones concretas del tratado y no deben menoscabar el objeto y el fin de éste;
- c) Que estén vinculadas, a mecanismos apropiados de solución de conflictos.

**6. La jerarquía normativa en el derecho internacional: el *jus cogens*,
las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta
de las Naciones Unidas**

31) *Relaciones jerárquicas entre las normas de derecho internacional*. No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre, principios generales de derecho, como se indica en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)²³. Generalmente no es apropiado hacer analogías con el carácter jerárquico de los regímenes jurídicos nacionales debido a las diferencias entre ambos sistemas. Sin embargo, algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. Algunas veces se expresa este hecho calificando algunas normas de "fundamentales" o de expresiones de "consideraciones elementales de humanidad"²⁴ o "principios inquebrantables del derecho internacional"²⁵. El efecto que

²³ Además, en el apartado d) del artículo 38 se mencionan "las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho".

²⁴ *Corfu Channel case (United Kingdom v. Albania) I.C.J. Reports 1949*, pág. 22.

²⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, párr. 79.

dicha designación pueda tener suele depender del contexto o del instrumento en el que aparezca esa designación.

32) *Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas: jus cogens.* Una norma de derecho internacional puede ser superior a otra por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena), es decir, una norma "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario"²⁶.

33) *Contenido del jus cogens.* Los ejemplos de normas de *ius cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid* y la tortura, así como normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación²⁷. Otras normas también pueden tener el carácter de *ius cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

34) *Relación jerárquica reconocida en virtud de la disposición de un tratado: Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.* Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de la disposición de un tratado. Así ocurre con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de

²⁶ Artículo 53 de la Convención de Viena: Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

²⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, párrs. 4 a 6. Véase también el comentario al párrafo 5 del artículo 26. Véase asimismo *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Rwanda) I C.J. Reports 2006*, párr. 64.

cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

35) *Ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta.* El ámbito de aplicación del Artículo 103 comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad²⁸. Habida cuenta del carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre normas contradictorias del derecho internacional consuetudinario.

36) *Rango de la Carta de las Naciones Unidas.* También se reconoce que la Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial debido a la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus propósitos y principios y su aceptación universal²⁹.

37) *Normas en que se especifican obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto: obligaciones erga omnes.* Algunas normas gozan de un rango especial debido a su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Estas normas son aplicables a todos los Estados y puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata³⁰. Todo Estado podrá invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas³¹.

²⁸ *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1998*, párr. 42 y *Case concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. the United Kingdom) (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1992*, párrs. 39 y 40.

²⁹ Véase el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁰ En palabras de la Corte Internacional de Justicia: "... debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su

38) *La relación entre las normas de jus cogens y las obligaciones erga omnes.*

Se reconoce que, mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *ius cogens*, mencionadas en la conclusión 33) *supra*, también tienen el carácter de obligaciones *erga omnes*, no siempre es cierto lo contrario³². No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general.

Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en "los principios y

protección; son obligaciones *erga omnes*. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, especialmente pág. 32, párr. 33. O, según la definición del Institut de droit international, una obligación *erga omnes* es "[u]na obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas". *Institut de droit international*, "Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law", reunión de Cracovia, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1.

³¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, apartado b) del párrafo 1 del artículo 48.

³² Según la Corte Internacional de Justicia: "Esas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general... otros los confieren instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal". *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase) I.C.J. Reports 1970*, pág. 3, especialmente pág. 32, párr. 34. Véase también *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia) I.C.J. Reports 1995*, pág. 90, especialmente pág. 102, párr. 29. Véase asimismo *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, párrs. 155 y 159 (donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* "determinadas obligaciones del derecho internacional humanitario" así como el derecho a la libre determinación). Acerca de la prohibición de la tortura como obligación *erga omnes*, véase *Prosecutor v. Anto Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, Case N° IT-95-17/1, Trial Chamber II, ILR, vol. 121 (2002), pág. 260, párr. 151, y sobre el genocidio, véase *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, pág. 595, párr. 31, y *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo/Rwanda) I.C.J. Reports 2006*, párr. 64.

normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana³³, así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales³⁴.

39) *Distintos enfoques del concepto de obligaciones erga omnes*. El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados Partes (obligaciones *erga omnes partes*)³⁵ o para con Estados no partes en cuanto terceras partes beneficiarias. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados³⁶. Así se ha

³³ *Barcelona Traction case*, ibíd. Aquí se incluiría el artículo 1 común al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y al Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos de 12 de agosto de 1949.

³⁴ Son ejemplos de esas obligaciones las establecidas por el artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 610, pág. 205, y el artículo 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, pág. 396.

³⁵ *Institut de droit international*, "Obligations *Erga Omnes* in International Law", reunión de Cracovia, *Annuaire de l'Institut de droit international* (2005), art. 1 b).

³⁶ "En mi opinión, cuando existe un título sobre una zona de jurisdicción marítima, ya sea una plataforma continental o (*arguendo*) una zona pesquera, existe *erga omnes*, es decir que es oponible en derecho internacional a todos los Estados", voto particular concurrente del magistrado Oda, *Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1993*, pág. 38, especialmente pág. 100, párr. 40. Véase asimismo, voto particular concurrente del magistrado De Castro, en *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 16, especialmente pág. 177: "...el régimen jurídico -como los *jura in re* con los que a veces se confunde- tiene efectividad *inter omnes* y *erga omnes*." Véase también el voto discrepante del magistrado Skubiszewski, en *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* *I.C.J. Reports 1995*, pág. 90, especialmente pág. 248, párrs. 78 y 79.

dicho que los tratados sobre fronteras y territorios "representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*"³⁷.

40) *Relación entre el jus cogens y las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas.* La Carta de las Naciones Unidas ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas de *ius cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *ius cogens*.

41) *Funcionamiento y efectos en caso de conflicto entre normas de jus cogens y el Artículo 103 de la Carta.*

- a) La regla que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*;
- b) La regla que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable de resultas y en toda la amplitud de ese conflicto.

42) *La jerarquía y el principio de armonización.* Los conflictos entre normas de derecho internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización, como se indica en la conclusión 4 *supra*. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores mencionadas en la presente sección y otra norma de derecho internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior.

³⁷ *Government of the State of Eritrea v. The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, Tribunal de Arbitraje, 9 de octubre de 1998, *I.L.R.* vol. 114 (1999) pág. 1, especialmente pág. 48, párr. 153.